

DA ORIGEM MOTIVACIONAL DAS MEDIDAS JUDICIAIS DIANTE DO CRIME ORGANIZADO

DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA

Juiz Federal da 11ª/CE

Mestre em Direito pela UFC

Professor da Faculdade 7 de Setembro

RESUMO

Da nova criminalidade: antigos padrões, novos agentes e prisões preventivas. A missão do julgador. A influência da cultura na tomada de decisões. Conclusões. Bibliografia.

Trataremos, neste pequeno texto, das impressões presentes no juiz quando diante de pedidos de prisões provisórias ou preventivas nos casos que envolvem crime organizado, mormente lavagem de dinheiro e tráfico internacional de drogas, assim como o que o leva a decidir pela concessão, denegação ou revogação da ordem¹.

Inicialmente é necessário delinear o quadro fático que envolve tais elementos, pelo que desenvolveremos rapidamente os tópicos da nova criminalidade – antigos padrões, novos agentes - e prisões preventivas, a missão do julgador e a influência da cultura na tomada de decisões.

1 DA NOVA CRIMINALIDADE – ANTIGOS PADRÕES, NOVOS AGENTES - E PRISÕES PREVENTIVAS.

¹ Evidentemente tomamos como objeto de estudo as próprias percepções do autor, que é juiz de uma vara especializada em matéria criminal e lavagem de dinheiro- 11ª Vara do Ceará.

A prisão provisória encontra-se no meio das tensões entre o dever estatal de perseguir eficazmente o autor do delito e, ao mesmo tempo, o dever de assegurar a liberdade individual do cidadão. Assim, as medidas cautelares pessoais refletem a ideologia política existente em um determinado ordenamento que é demonstrado pelas hipóteses de cabimento e revogação.

Ocorre, no entanto, que há se ter em mente que se está tratando com a elite do crime² no sentido de que os autores envolvidos com crime organizado, como os dos crimes de tráfico internacional de drogas e lavagem, agem de forma sofisticada e possuem, invariavelmente, uma invejável posição social, pelo que da mesma forma que freqüentam com desenvoltura os meios sociais, assim o fazem no meio político e empresarial³, podendo, por inúmeras vias, dificultar a apuração dos delitos, além da possibilidade da continuidade da prática de outros crimes com o fito de encobrir as provas e indícios, agindo sempre em quadrilha ou bando de associados e fazendo parte de organização criminosa complexa. Outrossim, os vultosos lucros que obtém com a atividade ilícita provocam prejuízos sociais imensuráveis, devendo tais dados ser levados em conta na possível decretação de medidas cautelares pessoais.

Um fato importante a ser comentado diz respeito à estrutura da organização criminosa dedicada a tais crimes de tráfico internacional de drogas e lavagem, que, no nosso sentir, lembra e se aproxima da complexa relação dos crimes de pistolagem

² Neste aspecto *A Elite do crime- para entender o crime de colarinho branco* – de James William Coleman. Editora Manole. 5ª edição. São Paulo - SP. 2005. Título original: *The Criminal Elite*, tradução de Denise R. Sales.

³ Não são raros os casos de destaque e recebimento de prêmios, com o correspondente reconhecimento da classe empresarial que, nesses casos, também é enganada.

⁴ Tomamos por base as observações de César Barreira, professor da Universidade Federal do Ceará, no seu livro *Crimes por encomenda – violência no cenário brasileiro*. Relume Dumará editora. Rio de Janeiro - RJ. 1998.

por suas estratégias e efeitos simbólicos⁴.

Assim, podemos entender como mandante o proprietário da droga ou pessoa que de posse de bens, direitos ou valores de origem ilícita e que precisa ocultá-los ou dissimular-lhes a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, sejam tais bens seus ou de terceiros. Entende-se como o pistoleiro o indivíduo que age concretamente seguindo as ordens do mandante, seja levando consigo a droga, seja constituindo empresas fictícias e movimentando quantias em suas contas bancárias, seja transportando numerário, falsificando cheques e documentos ou qualquer outro meio que cumpra o desiderato criminoso de quem contratou seus serviços.

Atente-se que um mandante pode ser, na verdade, um pistoleiro de um mandante superior, ou seja, foi contratado para operar a lavagem, recebe os bens, direitos ou valores para tanto de quem os obteve de maneira ilícita e, por sua vez, desenvolve toda uma estrutura para fazer jus ao pagamento da empreitada, constituindo novos pistoleiros e se tornando mandante destes⁵.

Observe-se, ainda, que muitas vezes o segundo mandante e os pistoleiros possuem relação de emprego formal e legalmente estabelecida, sendo que os últimos, quando presos, normalmente argumentam ter apenas cumprido ordens e desconhecer qualquer caráter ilícito das ações que, diante das provas, não podem negar⁶, como se estivesse executando uma ação que não é sua e cuja vontade vem de fora, daí acreditarem na diminui-

⁵ Nos crimes de pistolagem, o agenciador é peça fundamental para a prática dos crimes de encomenda, vez que é o responsável por arquitetar o crime de homicídio e preparação dos pistoleiros, oferecendo, inclusive, cobertura de advogados.

⁶ Costumeiramente afirmam-se meros empregados, como motoqueiros, condutores, responsáveis por entregas, caixas, responsáveis por simples conferências, no que pese participarem ativamente das estratégias da organização criminosa.

ção de sua culpabilidade e se acharem injustiçados.

Percebe-se, ainda, uma lógica valorativa idêntica à presente nos crimes de pistolagem, qual seja a presença desvirtuada dos conceitos de lealdade e proteção, existindo uma perfeita relação assimétrica e hierárquica entre mandante e pistoleiro. Assim, o pistoleiro jamais entrega quem foi o mandante, havendo a necessidade de sua permanência no tráfico internacional e no sistema de lavagem, quando solto, como única garantia de permanecer vivo, vez que o perigo de eliminação de ex-pistoleiros é real, nas comuns “queimas de arquivo”. Ademais, a deslealdade pode implicar na perda de qualquer apoio jurídico do investigado ou réu e a supressão do apoio econômico subvencionado pelo mandante⁷ à família do pistoleiro.

A organização criminosa que dá suporte a tais ações também funciona para regularizar a situação do pistoleiro quando este se encontra investigado ou mesmo procurado pela justiça, fornecendo serviço lícito e identidade falsa de forma a que o pistoleiro despiste qualquer suspeita e continue solto.

Normalmente o pistoleiro idealiza a organização que faz parte, achando que seus membros são inatingíveis e protegidos contra as perseguições da justiça. Na verdade, alguns demonstram franco desvirtuamento na percepção do mundo, fantasiando suas participações na sociedade como cidadãos empreendedores e responsáveis por centenas de empregos, vivenciando um lado por assim dizer fantástico de glória, prestígio e dinheiro fácil.

O móvel do mandante e pistoleiro é, sem dúvida, o dinheiro fácil, mas estes desenvolvem um processo de conquista permanente, fruto de uma insatisfação contínua, pelo que não se contentam com o que arrecadaram e estimulam sonhos e ações

⁷ Comumente a família do pistoleiro é sustentada pelo mandante enquanto durar o processo ou prisão.

cada vez mais ousadas e significativas do ponto de vista econômico.

Assim, a Justiça não mais se dedica a apenas crimes de menor monta como no passado, enfrentando atualmente cartéis, bandos e quadrilhas, perigosos em sua essência, voláteis em sua substância, ágeis em suas características e ousados em suas estratégias mesmo judiciais.

Aqui cabe outro testemunho, sempre ressaltando a grande maioria dos advogados que se dedica com sinceridade, lealdade e ética na descoberta da verdade. É que, infelizmente, temos constatado que certa parcela de advogados que atua em causas desse tipo na verdade quase nunca enfrentam o mérito da questão, dedicando-se a, desculpe-me a expressão, piolhar nulidades, provocar incidentes, argüir incompetências, arrolar testemunhas inexistentes ou em endereços equivocados ou pessoas que possuem a imensa disponibilidade de mudar-se constantemente de endereços, etc.

Exemplo significativos são encontrados no dia-a-dia forense, como casos de traficantes internacionais de drogas que afirmam só se comunicar em dialetos exclusivos de minoria étnica de seu país, advogados com dedicação quase exclusiva à réus presos por tráfico internacional e que afirma para a Justiça ter endereço profissional em determinado escritório mas ali nunca está, nem atende telefone, ao mesmo tempo em que dá outro endereço e meios de contato para o réu, etc.

Tais fatos são apenas para exemplificar as dificuldades que todos nós da primeira instância encontramos frente à nova criminalidade e aos novos posicionamentos de certos advogados, pelo que a aparente prodigalidade na decretação e manutenção de prisões preventivas representam, na verdade, mero reflexo do aumento e sofisticação da criminalidade.

2 - A MISSÃO DO JULGADOR

Sabe-se que a função jurisdicional, isto é, a “a instância que realiza a função de interpretar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história”⁸ foi atribuída constitucionalmente ao Judiciário.

A missão do Judiciário é, principalmente, assegurar a implementação do princípio da igualdade, declarando inconstitucionais as leis que visem favorecer grupos minoritários privilegiados e fazendo prevalecer os princípios e objetivos constitucionais. Tal missão, ao meu ver, não pode ser cumprida por juizes “neutros”, isto é, que não possuam em suas mentes os valores e opções constitucionalmente previstos e nas palavras de Paulo Fernando Silveira, “a realidade demonstra que, justamente por ser extremamente democrático o país, o Juiz, como membro partícipe da sociedade, vivendo sua realidade, atua como elaborador de política quando, ao interpretar as leis e a Constituição, não permite a aplicação de determinadas leis, por serem inconstitucionais, freando, além disso, a discussão de outras. (...) a atuação sobranceira do Judiciário, a par de servir como freio e contrapeso em relação aos outros poderes, amplia o aspecto democrático, viabilizando a participação popular contra os atos estatais, através da universalização da justiça e o livre acesso a ela”⁹.

Percebe-se que a liberdade de julgamento implica, obviamente, numa escolha pessoal do Juiz em relação aos valores vivenciados na época, com o exercício de uma opção política ou implementação de uma postura filosófica, o que nos traz a idéia do chamado ativismo judicial.

⁸ José de Albuquerque Rocha, in Estudos sobre o Poder Judiciário, Malheiros, 1995, São Paulo- SP, p. 23

⁹ in Justiça Federal, CJP/CEJ,v.II, 1995, p.121

A imprescindibilidade, pois, da manifestação do juiz pode ser considerada, no dizer de Villey¹⁰, como um exercício de autoridade. E essa autoridade varia segundo o balizamento da vertente de criação possível ao juiz diante do ordenamento jurídico e tendo em vista as características individuais de cada julgador.

Os juízes, como é cediço, solucionam as questões com maior ou menor rigor e praticidade, seguindo a força de sua própria personalidade e de acordo com a sua noção do mundo.

Na verdade, a área de atitude tem sempre uma referência ao aspecto emotivo, valorativo e pragmático da ideologia adotada pelo agente. Assim, além de seguir a noção do mundo que possui, o julgador é influenciado pela atitude que adota diante dessa noção, adotando uma posição de indiferença ou atenção diante dos fatos sociais.

Ao definir o que entende ser a conduta correta em um determinado processo, o juiz sempre escolhe uma noção e, de outra parte, exclui outras, transmitindo suas crenças e valores, não podendo ser censurado por deter a própria condição humana.

A atitude do juiz em relação à lei não se caracteriza jamais pela passividade e, partindo da óbvia conclusão de que a lei não pode ser considerada como elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos, mas apenas um outro elemento dentre outros que colaboram para o exercício da função jurisprudencial, o juiz possui a verdadeira função criadora do Direito ou, no dizer de Antônio Carlos Wolkmer, “(...) somente

¹⁰ Michael Villey afirmou,: “El papel del juez, el *dikátés*, será *decir*, de enunciar en el indicativo en qué consiste el reparto justo, que él descubre en la ‘naturaleza’ o, cuando la investigación científica no es suficiente, que determina autoritariamente” in El Derecho: perspectiva griega, judia y cristiana. Trad. CRS Buenos Aires: Ghersi, 1978.

através do Juiz é que a ordem jurídica se manifesta, pois o legislador não tem, nem pode ter, função criadora do Direito; este depende inteiramente de um fato reconhecido pela eficácia dos juizes nos tribunais: 'O legislador faz leis, mas lei não é Direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o Direito é necessariamente pessoal, particular ..',"¹¹

Abandonando conceitos que não correspondem mais às necessidades sociais, os juizes reformulam as interpretações de acordo com as soluções mais justas na composição dos conflitos, exercendo a função politicamente inovadora de transformar os parâmetros legais em verdadeiro Direito. E nas palavras de Sadok Belaid, citado por Antônio Carlos Wolkmer, "o magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. Conseqüentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz. (...) O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister recriador, insere a semente perpetuadora e a fonte inspiradora do Direito justo."¹²

A questão dos limites de natureza ético-jurídica que demarcam a ação jurisdicional e os poderes do juiz é outro tema corrente na doutrina.

Benjamin Cardozo, também citado por Wolkmer, esclarece que "As excentricidades dos Juizes se equilibram. Um Juiz

¹¹ in Ideologia, Estado e Direito. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. edição. 1995. São Paulo- SP.p.170.

¹² Idem p.172

considera os problemas do ponto de vista da história, outro da Filosofia, outro ainda da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, atinge-se a um grau de constância e de uniformidade. (...) O Juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade (...) Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgobernada.”¹³

Na verdade, se cabe ao Judiciário fazer justiça e não apenas aplicar leis, a resistência às leis injustas, como diz Luiz Fernando Coelho ¹⁴, deve começar pelos juizes, derradeiro refúgio das reivindicações sociais e único setor aparelhado para resistir aos desmandos e às tentativas autoritárias.

Cabe, pois, ao Judiciário, espelhar as diretrizes da sociedade em expansão, colaborando para edificação do verdadeiro Direito, desmitificando e abandonando o legalismo e comprometendo-se com a transformação social e com o ideal de consecução da igualdade e dignidade humanas. E isso é realizado na medida das possibilidades da intelectualidade de cada juiz.

A missão do Juiz passa, no entanto, pela incompreensão natural das partes que não tiveram suas pretensões aceitas. Nada mais comum do que a parte vencida atribuir ao julgador falha de percepção, limitação de conhecimentos, ausência de atualização e até mesmo preguiça ou senilidade. A parte vencedora, na quase totalidade dos casos, atribui sua vitória apenas à força persuasiva de seus argumentos, não tendo o julgador nada mais feito do que adotá-los como fundamentos.

¹³ in A natureza do Processo e a evolução do Direito, 3ª. ed. Porto Alegre Ajuris-9, 1978, pp.128, 134 e 157, citado na ob. cit de Wolkmer, p. 172/173.

¹⁴ in Do Direito Alternativo, in Revista de Direito Alternativo, São Paulo, Acadêmica,n.º1, 1992,p.18

A natureza humana é assim mesmo. Nada há de novo na cegueira das paixões humanas nem se pode exigir nada além do que lhe é próprio.

O juiz é humano e não há dia que o sol se ponha sem que aquele não tenha vacilado na aplicação da lei ante os fatos que lhe foram apresentados e sem que a dúvida não lhe tenha asso-mado à mente¹⁵.

Poderia o juiz ser convenientemente tido como julgador afável com traficantes, compreensivo diante de lavadores de dinheiro engravatados, pacífico e gentil com sonegadores tidos como empresários renomados, submisso e atencioso com políticos que mancharam seus mandatos e traçar sua carreira sem preocupações com sua segurança e integridade física. Poderia o julgador se valer do acúmulo do trabalho do Ministério Público, deixando para intimá-lo das decisões favoráveis aos réus apenas meses após. Poderia, ainda, se valer de qualquer desculpa e empurrar a instrução dos processos por meses ou anos a fio, ou sempre reclamar da falta de servidores ou da ausência de computadores para realizar atos meramente formais, sem significação social.

Mas porque alguns agem assim e outros preferem se comportar de outra forma?

Creio que a resposta é diz respeito à vontade, nossa única capacidade como seres humanos para sintonizar nossas intenções com nossas ações e escolher nossos comportamentos¹⁶.

Não quero com isso dizer que o juiz pode escolher, livre e irresponsavelmente, qual comportamento assumir diante de

¹⁵ Uma vez que a aquisição de todo o sentido é impossível, como já advertiam Heidegger e Gadamer.

¹⁶ HUNTER, James C. in *O Monge e o Executivo – uma história sobre a essência da liderança*. 9ª edição. Editora Sextante. Rio de Janeiro - RJ. 2004. p.70. Título original *The Servant*.

um fato tão concreto como um pedido de prisão preventiva em casos de crime organizado, como lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, mas que a sua formação pessoal, psicológica e social, o leva a decidir de uma forma ou de outra, encontrando argumentos que justifiquem sua visão de mundo e como tal visão é aplicada no caso concreto.

Outrossim, não estou querendo negar toda a importância de uma teoria da argumentação, sempre útil ao entendimento das decisões judiciais, sua legitimidade e autoridade, mas não posso negar meu convencimento no sentido de que mais importante do que se entender como um julgador chegou a tal conclusão ou como demonstrar ou justificar que o raciocínio adotado foi o único cabível, é saber-se o que realmente influencia a tomada de decisões.

Daí não podemos de levar em conta a influência da cultura e, por conseguinte, dos sentimentos e sentidos¹⁷ que o julgador adquire em sua vida.

3 - A INFLUÊNCIA DA CULTURA NA TOMADA DE DECISÕES.

Claude Lévi-Strauss considera que a cultura surgiu no momento em que o homem convencionou a primeira regra¹⁸ e Leslie White considera que a passagem do estado animal para o humano ocorreu quando o cérebro do homem foi capaz de gerar símbolos.¹⁹

¹⁷ Ver *Em busca de sentido*, de Viktor E. Frankel. Editora Vozes. Petrópolis-RJ. 2004.

¹⁸ Segundo ele, foi a proibição do incesto, padrão de comportamento comum às sociedades humanas.

Clifford Geertz, seguindo a mesma linha de raciocínio, acrescenta duas idéias a respeito da melhor compreensão do homem: A primeira delas é que a cultura é melhor vista não como complexos de padrões concretos de comportamento – costumes, usos, tradições, feixes de hábitos-, como tem sido o caso até agora, mas como um conjunto de mecanismos de controle – planos, receitas, regras, instruções (o que os engenheiros de computação chamam de ‘programas’) – para governar o comportamento. A segunda idéia é que o homem é precisamente o animal mais desesperadamente dependente de tais mecanismos de controle, extragenéticos, fora da pele, de tais programas culturais, para ordenar seu comportamento. (...) A partir de tais reformulações do conceito da cultura e do papel da cultura na vida humana, surge, por sua vez, uma definição do homem que enfatiza não tanto as banalidades empíricas do seu comportamento, a cada lugar e a cada tempo, mas, ao contrário, os mecanismos através de cujo agenciamento a amplitude e a indeterminação de suas capacidades inerentes são reduzidas à estreiteza e especificidade de suas realizações. Um dos fatos mais significativos a nosso respeito pode ser, finalmente, que todos nós começamos com um equipamento natural para viver milhares de espécies de vidas, mas terminamos por viver apenas uma espécie.²⁰

Verifica-se, com efeito, que a natureza humana inexiste

¹⁹ No artigo *The Symbol: The Origin and Basis of Human Behavior i, Readings of Antropology*, Morbel, Lennings e Smith (org), Nova York, McGraw-hill Bool Co. (Conforme edição brasileira *Homem e sociedade*, de Fernando Henrique Cardoso e Otávio Ianni, São Paulo-SP, Cia Editora Nacional, 5ªed, 1970, p. 180, citado em Roque de Barros Laraia in *Cultura- um conceito antropológico*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, RJ, 14ª edição, 2000, p.55.

²⁰ In *A Interpretação das Culturas*, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, Rio de Janeiro- RJ, 2001, p. 57 – grifamos.

sem cultura e, segundo Geertz, como o nosso sistema nervoso central cresceu, em sua maior parte, em interação com a cultura, ele é incapaz de dirigir nosso comportamento ou organizar nossa experiência sem a orientação fornecida pelos padrões culturais (sistemas de símbolos significantes), esclarecendo o autor que tais símbolos significantes são, portanto, não apenas simples expressões, instrumentalidade ou correlatos de nossa existência biológica, psicológica e social: eles são seus pré-requisitos. Sem os homens não haveria cultura, mas, de forma semelhante e muito significativamente, sem cultura não haveria homens.²¹

Concordamos, ainda, com Geertz quando ele ensina que somos animais incompletos e inacabados que nos completamos e acabamos através da cultura, fornecendo esta, através de um conjunto de mecanismos simbólicos para controle do comportamento e como fonte de informação extra-somática, o vínculo entre o que os homens são intrinsecamente capazes de se tornar e o que eles realmente se tornam, individualmente.

Concluimos, portanto, que nossos símbolos, idéias, valores, atos, comportamentos e mesmo emoções e sentimentos são produtos culturais²², sendo certo que homens de culturas diferentes vêem o mundo de maneiras diversas e reagem a tais percepções também de forma distinta²³.

Outrossim, o surgimento de elementos culturais de forma espontânea ou através da transmissão, de uma cultura para outra, de traços culturais já desenvolvidos, traz modificações

²¹ in ob. cit. p.61

²² Mas não só exclusivamente culturais, como veremos adiante ao tratarmos de personalidade.

²³ Para maior aprofundamento, ver *Teoria Geral dos Signos - como as linguagens significam as coisas*, de Lúcia Santaella, Editora Pioneira, São Paulo-SP, 2000 e *O Poder Simbólico*, de Pierre Bourdieu, tradução de Fernando Tomaz, Bertrand Brasil, 4ª edição, Rio de Janeiro - RJ, 2001.

culturais que influenciam diretamente o nosso cotidiano e nossa visão de mundo.

Assim, os fatores culturais exteriores a uma sociedade são normalmente aceitos e adaptados quando demonstram trazer vantagens²⁴ para os membros da sociedade receptora, alcançando-se, com maior ou menor extensão e rapidez, uma acomodação cultural dependendo da importância que os traços culturais anteriores representavam.

Sabe-se que, sendo a cultura um fenômeno sociopsicológico, é intuitiva a existência de laços além dos raciais a darem, a um só tempo, sustentação e unidade aos valores centrais da cultura e motivos para que os componentes de uma sociedade adiram aos padrões culturais e os pratiquem.

Conforme escrevemos há pouco, entendemos que a pessoa humana revela traços de sua personalidade e caráter através de seu modo de agir e atuar na sociedade, e o faz, além do reflexo dos fatores por assim dizer intrínsecos, através da reprodução da carga cultural que recebeu e processou.

Transbordaria dos objetivos do presente trabalho a mera tentativa de traçarmos contornos satisfatórios do que se pode compreender como personalidade²⁵; no entanto, assumimos o termo como sendo o conjunto dos componentes da individuali-

²⁴ Neste aspecto não podemos falar em padrões culturais universais, mas em necessidades comuns a todas as sociedades que podem ser agrupadas em necessidades biológicas, sociais e psíquicas.

²⁵ Fala-se, comumente, em organização superficial e central da personalidade, sendo a primeira mais relacionada com as orientações de interesses dominantes conscientes que o indivíduo estabelece para si mesmo e a segunda com o que os psicólogos chamam de *tipos psicológicos*, de conformação mais íntima e diferencial do indivíduo. Ver *A Tipologia de Jung- A Função Inferior (Marie Louise Von Franz) – A Função Sentimento (James Hillman)*- Título original: *Jung's Typology*, tradução de Adail Ubirajara Sobral, Editora Cultrix, 2ª edição, São Paulo- SP, 1995, *O Desenvolvimento da Personalidade*, de C.G. Jung, tradução de Frei Valdemar do Amaral – OFM, 8ª edição, Editora Vozes, Petrópolis – RJ, 2002 e *Sociologia e Antropologia*, de Marcel Mauss, Editora Cosac & Naify. São Paulo- SP. 2003, Título Original *Sociologie et anthropologie* Tradução de Paulo Neves, principalmente a quarta parte, pp.369-397.

dade, quais sejam os hábitos, as maneiras de ser, perceber e agir dos indivíduos, pelo que logo se conclui pela existência de laços recíprocos entre personalidade e cultura.

A formação da personalidade parece ser principalmente um processo de integração da experiência individual às suas qualidades constitucionais, formando um todo funcional reciprocamente ajustado.

A experiência individual é resultado da atuação do indivíduo sobre o ambiente, sendo certo, porém, que mesmo o ambiente natural só é decodificado pelo indivíduo após ser submetido a uma espécie de filtro cultural preexistente nele mesmo, ou seja, para as informações serem portadoras de algum significado, é necessário um contexto que organize as informações recebidas pelos sentidos, formando nossa teoria particular sobre a realidade.

Verifica-se, assim, que nossos esquemas²⁶ mentais são formados pelo que experimentamos e vivenciamos, sendo que as experiências e vivências são analisadas com base nessa percepção acumulativa que, simultaneamente, molda nosso modo de experimentar e vivenciar e mesmo de perceber os conteúdos simbólicos²⁷.

Assim, As emoções representam a unidade essencial na constituição das necessidades e, simultaneamente, aparecem como resultado de necessidades que as precedem, tornando-se, portanto, constitutivas e constituintes das necessidades. Em cada

²⁶ Esclareça-se que indivíduos submetidos à mesma experiência possuem formas próprias e diversas de percepção, reação e absorção do vivenciado, não existindo um produto padronizado em razão de várias influências que vão desde as de conteúdo fisiológico a acidentes emocionais dos envolvidos, não sendo, nenhuma delas, determinante ou dominante isoladamente.

²⁷ Ver, neste aspecto, *O Emocional na constituição da subjetividade*, de Fernando González Rey, in *Arqueologia das Emoções*, Silvia T.Maurer e Yara Araújo (Orgs). Editora Vozes, 2000. Petrópolis. Rio de Janeiro- RJ, p.36-56.

um dos diferentes momentos de expressão social do homem, é produzido um número infinito de emoções que representam uma síntese complexa de necessidades já constituídas da personalidade e das condições específicas atuais em que o sujeito atua. Se as emoções surgidas nas diferentes expressões do sujeito integram-se entre si de forma estável, podem vir a gerar um novo estado dinâmico diferente dos que o precederam e converter-se por esta via em uma nova necessidade.²⁸

Outrossim, a subjetividade existe de forma simultânea nas configurações de personalidade e em processos que caracterizam o espaço interativo do sujeito nos diferentes momentos de sua ação, dentro dos quais as configurações surgem como constitutivas do sentido subjetivo desses espaços e, por sua vez, reconstituem-se neles. Isso impossibilita a separação de seus momentos interno-externo e individual-social.²⁹

Percebe-se, pois, que a nossa cultura individual e coletiva³⁰ influencia nossos comportamentos, atitudes, ideologias preconceitos e idéias de felicidade, beleza, justiça, verdade e amor, sendo certo que o que é familiar é normalmente aquilo considerado como certo e adequado.

Ademais, tendo em vista que o ambiente do indivíduo compreende não apenas objetos e fenômenos naturais, como também outras pessoas, é certo que os fatores culturais contribuem para a determinação da natureza dos relacionamentos e

²⁸ REY, Fernando González, in *O Emocional na constituição da subjetividade*, in *Arqueologia das Emoções*, Silvia T. Maurer e Yara Araújo (Orgs). Editora Vozes, 2000. Petrópolis. Rio de Janeiro- RJ, p.47/48.

²⁹ REY, Fernando González, in ob.cit. p.51.

³⁰ Carl G. Jung afirmou que os conteúdos do inconsciente pessoal são principalmente os complexos de tonalidade emocional, que constituem a intimidade pessoal da vida anímica, enquanto os conteúdos do inconsciente coletivo são chamados arquétipos, conforme “*Os Arquétipos e o Inconsciente coletivo*”, tradução de Dora Mariana R. Ferreira da Silva e Maria Luíza Appy, 2ª edição, Editora Vozes, Petrópolis - RJ, 2002, p. 16.

interações sociais, principalmente no que se refere aos sentimentos.

Podemos asseverar, ainda, que o conhecimento guarda intrínseca relação com o sentimento, pois somente com a interferência do segundo é que nossa atenção é dirigida a algo aparentemente relevante, e somente através da empatia é que podemos, verdadeiramente, compreender outras pessoas e agir conforme essa compreensão.

Neste aspecto, Jacob Levi Moreno³¹ sempre se refere ao homem em situação, ou seja, agindo em sociedade e, ao mesmo tempo, influenciando-a e sendo influenciado desde o nascimento, pelo que o conceito de papel compreende as experiências individuais e de participação na sociedade. Assim, é vivendo com as demais pessoas que o homem passa a se adaptar a certas normas de convivência, afirmando Eduardo Garrido Martín que essa maneira de agir é chamada de conduta e “o modo concreto de aceitá-las é adotando um papel. Às vezes o indivíduo pode escolher o seu papel, outras vezes tem que aceitar o que lhe é imposto; num e noutro caso, porém, a sociedade lhe exige uma conduta de acordo com esses papéis. Daí, externamente, o indivíduo poder ser definido, como um intérprete de papéis.”³²

Perceba-se, ainda, que os papéis são aprendidos mas podem ser revistos; podem ser perdidos, tirados e mesmo abandonados; a pessoa pode variar, modificar e redefinir papéis, existem papéis relacionados a outros papéis (ex: o papel de filho implica um pai) e todo relacionamento consiste de diversos papéis, ou seja, em suma, os papéis são dinâmicos.

Na verdade, nenhum papel é desempenhado sozinho

³¹ in *Psicodrama*. Título original *Psicodrama* – Tradução de Álvaro Cabral, Editora Cultrix, São Paulo- SP, 2002.

³² in *Psicologia do encontro: J.L.Moreno*, Ed. Agora, 2ª edição, São Paulo-SP, 1996, p.212.

nem de forma exclusivamente protagônica, vez que todos os papéis são complementares ante sua situação de unidade de ação realizada em um ambiente humano. Assim, o modo de ser de um indivíduo decorre dos papéis que exerceu como protagonista e como co-ator, além do que colheu com as próprias respostas dessas interações.

Outrossim, as relações sociais, que são relações de fato e traduzem atos da conduta do homem, trazem a noção de sujeito e objeto, revelando os motivos, interesses e valores que compõem a vida humana. O Direito, considerado como “uma relação de tensão entre sua validade substancial e a positividade da norma jurídica”³³, varia e é influenciado segundo cinco fatores decisivos: o fato, a norma, o valor, o tempo e o espaço.

O legislador impõe sua valoração dos fatos para o futuro, animado com a intenção de perenidade de suas normas, convencido de que assim age eficazmente e certo de que aquelas serão adaptáveis às necessidades sociais atuais e futuras.

É evidente, porém, que os preceitos normativos são incapazes de resolver todos os pormenores da vida cotidiana, além de que a evolução natural da sociedade guarda como essência a modificação dos valores e a criação de situações, objetos e circunstâncias não imaginadas ou previstas pelo legislador primário.

Toda sociedade humana é mutável, pelo que os valores plasmados no Direito não podem ser entendidos como forma de estagnação do Direito positivo e da noção de Justiça.

³³ Conforme Oliveiros L. Litrento no artigo “Sociedade contemporânea e direito natural: uma visão filosófica dos valores jurídicos”, in *Reflexões sobre o Direito*, R.Reis Freire e outros, Biblioteca Universidade Estácio de Sá, Thex Editora, Rio de Janeiro-RJ, 1994, p.15.

A realidade apresenta, lado a lado e paradoxalmente, uma sociedade mutante, com novos impulsos sociais, manifestações culturais e interação de formas de organização, e as mesmas instituições e esquemas jurídicos, apenas remodeladas, mas traduzindo essencialmente uma mera reprodução das expressões, teorias e aplicação do Direito tradicionais.

A compreensão do fenômeno jurídico supõe, pois, a compreensão da estrutura social subjacente e a percepção de que a solução atual dos conflitos não mais se conforma com a visão de simples eliminação deles, sendo que a concepção do Direito caminha para o entendimento de que a adesão e o consenso são condições de legitimidade das normas jurídicas³⁴.

A mobilidade social anteriormente referida revela a existência de crescente necessidade de produção legislativa adaptada aos novos padrões culturais, visando à solução dos conflitos; entretanto, a prática evidencia a ausência de uma elaboração eficaz da mesma.

Outro aspecto não pode passar despercebido: é que a legislação normalmente expressa os interesses e aspirações de grupos que exercem o domínio social, satisfazendo apenas em pequena monta a vontade da maioria silenciosa.

O Judiciário não pode, pois, deixar de ser afetado com as novas organizações sociais e movimentos populares sob pena de, como é quase uma constante, conformar-se em atuar no

³⁴ Recorde-se que Cohen, na observação de Ovídio Batista, esclarecia que a Ciência jurídica procura mostrar-se como “um sistema completo, previamente existente, de direitos e deveres, um sistema tão alheio à atividade temporal como um sistema de geometria pura, para o qual não existe passado nem futuro, tal como as matemáticas puras, como a álgebra (*El método funcional en el derecho*, 1935, Buenos Aires, 1962, p.121)”, in *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, RT, 1996, São Paulo - SP, pp. 157-158.

passado, não mais atendendo o seu mister específico de realizar a justiça³⁵.

Resta ao Judiciário, diante do dilema entre a rigidez da norma, a existência de lacunas³⁶ criadas pelos novos fatos sociais e a flexibilização destes, fincar o entendimento de que não é possível julgar com justiça aplicando a lei em seu sentido literal, ignorando a mudança do sentido das palavras e das circunstâncias sociais, além de adaptar as normas às mudanças de costume e valores.

As circunstâncias históricas tanto da norma quanto do momento da aplicação desta merecem especial apreciação do julgador, não sendo aceitável que este as esconda por trás do escudo de que “o juiz não é o legislador”.

Na verdade, muitos são os que se conformam com a letra da lei e a aplicam acriticamente. É um método mais fácil, sem dúvida nenhuma, e certamente promove o sono tranqüilo dos mais ingênuos, mas a sociedade moderna não mais aceita tal “culto da legislação” nem acata o cinismo da falsa neutralidade.

A verdadeira atividade de um juiz, ou a atividade de um verdadeiro juiz é, basicamente, uma atividade de pesquisa de fatos, normas e formas de interpretação, culminando com a decisão sobre qual interpretação das normas postas é mais consentânea com a Dição constitucional, aplicando-a ao fato concretizado no processo, utilizando, ao mesmo tempo razão e emoção.

³⁵ Neste aspecto, ver *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição*, de Peter Häberle, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre- RS, 1997.

³⁶ Ver *O Papel da Ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*, de Luiz Sérgio Fernandes de Souza, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 1993.

Observe-se que nenhum juiz aplica a norma, sendo esta mais do que a própria lei. Todo juiz aplica somente a interpretação da norma.

Assim, o juiz ao julgar, ao optar por uma linha de interpretação da legislação vigente e decidir determinado conflito, tem que estar consciente de seu papel criador, de sua função mais elevada de fazer o próprio Direito e não apenas ser um mero “transferidor de conhecimento”, com a adoção de visões doutrinárias ultrapassadas.

O juiz, como o educador, ao pesquisar as diversas correntes de pensamento, analisar os fatos sem preconceitos, pensar sobre os valores constitucionais, optar por uma linha interpretativa de acordo com os princípios constitucionais e decidir, forma um parâmetro de decência e seriedade e se reforma, deixando o papel cômodo e ingênuo de objeto formado pela transmissão de conhecimentos de seus antigos professores ou dos atuais doutrinadores de plantão, para se tornar um verdadeiro sujeito de produção do saber.

Julgar, como ensinar, além de exigir rigor metodológico, pesquisa e acurada criticidade, implica estar o aplicador do Direito aberto aos saberes das partes e às suas condições pessoais, suas experiências, frustrações, expectativas, desejos, padrão educacional formal e pessoal, possibilitando uma aproximação mais correta da riqueza dos fatos. Só assim, insistimos, é que o julgador poderá avaliar a norma que rege, aparentemente, a matéria posta em discussão e saberá optar pela aplicação mais próxima dos princípios constitucionais.

Julgar é ato de escolha, isto é, os juízes, como é cediço, solucionam as questões com maior ou menor rigor e praticidade, seguindo a força de sua própria personalidade e de acordo com a sua noção do mundo.

Na verdade, a área de atitude tem sempre uma referência ao aspecto emotivo, valorativo e pragmático da ideologia

adotada pelo agente. Assim, além de seguir a noção do mundo que possui, o julgador é influenciado pela atitude que adota diante dessa noção, tomando uma posição de indiferença ou atenção diante dos fatos sociais.

Ao definir o que entende ser a conduta correta em um determinado processo, o juiz sempre escolhe uma noção e, de outra parte, exclui outras, transmitindo suas crenças e valores, não podendo ser censurado por deter a própria condição humana.

Julgar, como ensinar, exige, ademais, o reconhecimento e a assunção da identidade cultural ³⁷, isto é, o julgador deve apreciar os fatos apresentados e as pessoas envolvidas no processo com suas características sociais e históricas próprias.

Na verdade, não é possível julgar com o mesmo rigor um mendigo autor de um pequeno furto e um empresário que, com a ajuda de uma plêiade de profissionais e consultores, conseguiu “dar um golpe na praça”, lesando milhares de pessoas e dissolvendo o sonho perseguido da casa própria.

O texto legal é um só, ou seja, atribui reações iguais a fatos iguais. No entanto, a riqueza do Direito e da Justiça é justamente saber reconhecer e distinguir o que é igual e diverso entre os fatos aparentemente semelhantes. Para tanto, o julgador deve estar sempre aberto aos vários matizes dos fatos e pessoas envolvidas, sempre se recordando de que o papel aceita tudo e pode apenas reproduzir parcela da verdade. Os autos de um processo são, na realidade, uma forma de vida, que possuem alma e corpo, onde correm por suas páginas a dor, a aflição e a esperança de pessoas, apresentando ensinamentos muito mais profundos dos que são reproduzidos nos livros didáticos.

Cremos, assim, que atento à dignidade da pessoa humana, cômico das motivações culturais que condicionaram o

³⁷ Paulo Freire, in *Pedagogia da Autonomia*, op.cit. p. 46.

ordenamento positivado, sensível às novas exigências da sociedade contemporânea, e compreensível com a formação pessoal dos envolvidos, o julgador estará mais preparado para agir com justiça que é, por sua vez, uma manifestação cultural.

4- CONCLUSÕES

Conclui-se, portanto, que os sistemas de justiça variam tanto quanto os valores erigidos como principais a induzirem nossas condutas, ou seja, conforme a nossa cultura. Temos que os valores obedecem à lógica de cada sociedade e de cada fase histórica pela mesma vivenciada e a racionalidade dos valores, portanto, existe pela lógica histórica de cada sociedade ao lado de seu inseparável caráter emotivo.

Justiça se faz através de homens e fazer justiça parece-nos, pois, uma atividade que vai além de mera operação racional, apresentando-se como manifestação emocional e cultural, do patrimônio que nos foi dado.

Deve, pois, o juiz agir conforme as exigências da sociedade frente a nova criminalidade, distribuindo justiça de forma a garantir à sociedade o que lhe é básico, qual seja, o direito de progredir e se modificar espontaneamente em seus conceitos de vida e convivência, sem ser cerceada no modo de viver, nem limitada em sua maneira de emancipar-se pela ação de bandos e quadrilhas, sendo a justiça criminal também uma forma de garantir-se o patrimônio cultural de um povo.

BIBLIOGRAFIA

BARREIRA, César. **Crimes por encomenda – violência no cenário brasileiro**. Relume Dumará editora. Rio de Janeiro - RJ. 1998.

BATISTA , Ovídio. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**, RT, 1996, São Paulo - SP

COELHO , Luiz Fernando *in* Do Direito Alternativo, *in Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica,n.º1, 1992,p.18

COLEMAN, James William. **A Elite do crime - para entender o crime de colarinho branco**, Editora Manole. 5ª edição. São Paulo - SP. 2005. Título original: The Criminal Elite, tradução de Denise R. Sales.

FRANKEL, Viktor E. **Em busca de sentido**, Editora Vozes. Petrópolis- RJ. 2004

FREIRE , Paulo. **Pedagogia da Autonomia**, Vozes, Perópolis-RJ. 2001.

GEERTZ , Clifford. **A Interpretação das Culturas**, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, Rio de Janeiro- RJ, 2001

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio fabris Editor, Porto Alegre- RS, 1997.

HUNTER, James C. **O Monge e o Executivo – uma história sobre a essência da liderança**. 9ª edição. Editora Sextante. Rio de Janeiro - RJ. 2004. p.70. Título original *The Servant*.

JUNG , Carl G. **Os Arquétipos e o Inconsciente coletivo**, tradução de Dora Mariana R. Ferreira da Silva e Maria Luíza Appy, 2ª edição, Editora Vozes, Petrópolis - RJ, 2002, p. 16.

LITRENTA , Oliveiros L. no artigo Sociedade contemporânea e direito natural: uma visão filosófica dos valores jurídicos, *in Reflexões sobre o Direito*, R.Reis Freire e outros, Biblioteca Universidade Estácio de Sá, Thex Editora, Rio de Janeiro-RJ, 1994, p.15.

MARTÍN , Eduardo Garrido *in Psicologia do encontro: J.L.Moreno*, Ed. Agora, 2ª edição, São Paulo- SP,1996.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**, Editora Cosac & Naify. São Paulo- SP. 2003, Título Original Sociologie et anthropologie Tradução de Paulo Neves, principalmente a quarta parte, pp.369-397.

MORENO , Jacob Levi. **Psicodrama**. Título original Psicodrama – Tradução de Álvaro Cabral, Editora Cultrix, São Paulo- SP, 2002.

REY , Fernando González. O Emocional na constituição da subjetividade, *in* **Arqueologia das Emoções**, Silvia T. Maurer e Yara Araújo (Orgs). Editora Vozes, 2000. Petrópolis. Rio de Janeiro- RJ, p.36-56.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**, Malheiros, 1995, São Paulo- SP, p. 23

SANTAELLA, Lúcia. **Teoria Geral dos Signos - como as linguagens significam as coisas**, Editora Pioneira, São Paulo-SP, 2000 e BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**, tradução de Fernando Tomaz, Bertrand Brasil, 4ª edição, Rio de Janeiro - RJ, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando *in* **Justiça Federal**, CJF/CEJ, v.II, 1995, p.121

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O Papel da Ideologia no preenchimento das lacunas no Direito**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo- SP, 1993.

VILLEY , Michael *in* **El Decrecho: perspectiva griega, judia y cristiana**. Trad. CRS Buenos Aires: Gherzi, 1978.

WHITE , Leslie *in* artigo The Symbol: The Origin and Basis of Human Behavior , Readings of Antropology, Morbel, Lennings e Smith (org), Nova York, McGraw-hill Book Co. (Conforme edição brasileira **Homem e sociedade**, de Fernando Henrique Cardoso e Otávio Ianni, São Paulo-SP, Cia Editora Nacional, 5ªed, 1970, p. 180, citado em Roque de Barros Laraia *in* **Cultura - um conceito antropológico**, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, RJ, 14ª edição, 2000, p.55.

WOLKMER , Antônio Carlos *in* **Ideologia, Estado e Di-³⁷reito**. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. edição. 1995. São Paulo-SP, p.170.